

Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas colectivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e *compliance* – breves notas^[1]

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Lusíada Norte (Porto); Investigador do CIJE/FDUP

[1] Corresponde, com actualizações e alterações de pormenor, a parte inédita da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais que defendemos em provas públicas a 7/3/2016, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Toda a parte relativa à fundamentação da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, bem como dos programas de cumprimento, foi escrita propositadamente para o presente artigo. Salvo indicação diversa, todas as referências jurisprudenciais foram consultadas em Março de 2020 no sítio <http://www.dgsi.pt>.

SUMÁRIO: I. Razão de ordem. II. Breves notas sobre o fundamento político-criminal da responsabilidade das pessoas colectivas no Direito Penal clássico. III. Alguns dados estatísticos. IV. Notas sobre o *compliance* criminal. V. Nótulas sobre as penas substitutivas aplicáveis a entes colectivos.

I. RAZÃO DE ORDEM

O presente estudo tem um objectivo modesto: reflectir sobre os traços essenciais das penas de substituição que o legislador criminal de 2007 trouxe para o Direito Penal clássico, primário ou de justiça, seja no que diz respeito ao seu regime, seja saber se o juízo substitutivo em relação a elas diverge ou não do contido nas penas principais de multa e de prisão, nas pessoas singulares. Um dos aspectos essenciais para aferir da sua importância é saber qual a sua utilização prática, para o que se usarão os dados fornecidos pelas Estatísticas oficiais da Justiça. Não nos furtaremos, num primeiro momento, a umas brevíssimas considerações sobre o fundamento da responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas.

II. BREVES NOTAS SOBRE O FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS COLECTIVAS NO DIREITO PENAL CLÁSSICO

1. Não está nos objectivos deste trabalho empreender, *ex professo*, um estudo sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas, analisando o seu fundamento, a vantagem ou não da sua consagração legal^[2] e os intrincados problemas que à dogmática jurídico-penal ela coloca, em especial em matérias como a imputação objectiva e a comparticipação. Partiremos, assim, do princípio de que são considerações político-criminais, *maxime* em um tempo de globalização, que militam no sentido de, num movimento de constante crescimento, passarem certos delitos do Direito Penal de Justiça a conhecer, também, uma responsabilização que exorbita a das pessoas singulares. A reforma de 2007 do Código Penal (CP) português é marco fundamental nesta matéria^[3].

[2] E muito menos uma investigação sobre a respectiva evolução histórica, desde o clássico princípio *societas delinquere non potest* até à afirmação do seu contrário. A título exemplificativo, é curioso notar, todavia, que no Código de Hammurabi se encontra pelo menos um caso em que a comunidade como um todo respondia, através de compensação monetária, pelo facto criminoso de um ou de alguns, nas hipóteses de banditismo em que se originava a morte de uma pessoa ou quando a vítima era roubada (A. SERRANO MAILLO, «Los delitos y las penas en el Código de Hammurabi», in: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (RDPC), 2 (1992), p. 647). Sobre a sua evolução no específico domínio do «Direito Penal económico», cf., com grande interesse, entre nós, JOSÉ DE FARIA

COSTA, *Direito Penal económico*, Coimbra: Quarteto, 2003, pp. 45-51 e 71-78.

[3] Veja-se, no essencial, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo, 2009, *passim*, em esp., pp. 25-40, com uma enxuta síntese dos magños problemas que a questão convoca, bem como as pp. 85-112; do mesmo autor, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», in: *Revista do CEJ*, VIII (2008), pp. 67-97. Também de importância, confirmam-se as interrogações críticas de AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*,

Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 112-117. Com muito interesse, JORGE REIS BRAVO, *Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, *passim*. Apesar de anterior, com relevo, sobretudo para uma visão histórica do problema no nosso país, JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de mera ordenação social»*, Coimbra: Coimbra Editora, 1985. Pode dizer-se que, fundamentalmente por via de razões político-criminais, a questão é, ao menos na maioria da doutrina que publicou sobre a matéria, pacífica, no sentido de se tratar de «um passo natural», contrário, neste ponto, ao que sucede ainda na Alemanha (cf. p. ex., nessa linha de considerações,

2. Diremos apenas que no ordenamento jurídico germânico, que nos vai servindo de guia quanto a tantas matérias, a discussão prossegue, não parecendo existir pressa em consagrar a responsabilidade criminal das pessoas colectivas no Direito Penal Clássico. Desde logo na medida em que inexistia acordo quanto à concepção que suportaria tal imputação, mas também pela certeza de que uma consagração como esta importaria mudanças profundas na forma de encarar a acção criminal e a culpa.

Sabe-se que coube a VON SAVIGNY a construção da «teoria da ficção», mas negando sempre a responsabilidade no domínio penal, só a admitindo no civil. Uma das vias de solução é a de considerar que existe uma transmissão de responsabilidade da pessoa singular para o ente colectivo, o qual, tendo personalidade jurídica diversa, também enfrenta, por isso, um autónomo título de responsabilidade. Por seu turno, a outra construção maioritária advoga que se pode chegar a uma culpa directamente da pessoa colectiva, uma vez que esta não cumpriu com os seus deveres de supervisão e controlo, tendo existido uma falha organizacional. A acção individual é somente aquilo que espoleta a responsabilidade colectiva^[4].

Em Espanha, por intermédio da *Ley Orgánica* 5/2010, de 23/12^[5], foi a mesma introduzida, pela primeira vez, no ordenamento jurídico daquele país. Julgamos relativamente pacífico na doutrina^[6] que tal se ficou a dever à globalização do crime e à crescente importância do combate à delinquência económico-financeira, a qual levanta grandes problemas práticos de imputação

NUNO BRANDÃO, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», in: *Revista do CEJ*, VIII (2008), pp. 41-42).

[4] Sobre o «estado da arte» na Alemanha, entre tantos, THOMAS WEIGEND,

«Societas delinquere non potest? A German perspective», in: *Journal of International Criminal Justice*, 6 (2008), pp. 927-945.

[5] Embora haja antecedentes, em 1995 e 2003 — cf. JESÚS MARTÍNEZ RUIZ, «El ser o no ser de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», in:

Revista de Derecho Penal (RDP), 24 (2008), pp. 12-13.

[6] Entre tantos, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», in: *Indret — Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2012).

objectiva à conduta activa ou omissiva. Mais tarde, com a alteração do Código Penal que entrou em vigor em 1/7/2015, optou o legislador por consagrar uma responsabilidade jurídico-criminal apenas nos casos expressamente previstos (artigos 31-bis, ss., também se excluindo, como em Portugal, a responsabilidade do Estado: artigo 31-qui, 1). A doutrina entretanto publicada tem, em geral, saudado esta como uma conquista da Reforma, na medida em que aclarou o que se entende por actuação em nome e no interesse da pessoa colectiva e, sobretudo, o que é uma posição de direcção, o que vinha originando dificuldades hermenêuticas apreciáveis^[7].

Na Finlândia, *v. g.*, o regime de punição das pessoas colectivas conta com assinaláveis parecenças com o nosso. Assim, também só em relação a uma enumeração taxativa tal é admitido (cap. 9 do CP finlandês), mas sob requerimento do correspondente ao nosso Ministério Público, o que não acaba por, na prática, ser muito diferente, dado que o artigo 11.º, n.º 2 do nosso CP prevê, na sua maioria, crimes públicos e semi-públicos. Tal como cá, a sec. 1, (2) também afasta — incompreensivelmente, diga-se — a responsabilidade criminal do Estado. Exige-se, de igual modo, que a pessoa singular ocupe uma posição de membro de órgão social da pessoa colectiva ou que, na prática, detenha poderes decisórios ou permita essa comissão, bem como as hipóteses em que o delito só se tenha tornado possível devido à falha de cuidado e diligência necessários ao seu evitamento (sec. 2, (1)). Tal como em Portugal, a responsabilidade da pessoa colectiva é independente e autónoma da pessoa física que actua, não sendo necessária a punição desta última para que a responsabilidade do ente colectivo se afirme (sec. 2, (2)).

[7] Assim, JOSÉ L. GONZÁLEZ CUS-SAC, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUS-SAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*,

2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 151-210. Também ABEL TÉL-LEZ AGUILERA, «El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015», in: *La Ley*, 4105/2015, elogia a intervenção legislativa nesta matéria,

chamando a atenção para a necessidade de desenvolver, nos órgãos de gestão e administração das pessoas colectivas e equiparadas, mecanismos de *compliance* que, agora, são reforçados com a Revisão de 2015.

Também se exige que o crime tenha importado uma actuação da pessoa singular «em nome ou em benefício da pessoa colectiva e pertença aos seus órgãos sociais ou tenha uma relação de prestação de serviços ou de trabalho com ela ou tenha agido no cumprimento de instruções de um representante da pessoa colectiva» (sec. 3, (1)). Se a omissão de vigilância e controlo do obrigado a tal for leve, pode o tribunal não aplicar qualquer sanção, faculdade esta também prevista para quando a participação da pessoa singular tiver sido igualmente pouco relevante (sec. 4, (1)). Acrescem ainda como motivos de não punibilidade, sempre que a aplicação da pena seja tida pelo magistrado como «desrazoável», tendo em conta «as consequências do crime na pessoa colectiva», as medidas entretanto tomadas para remediar o delito ou os seus efeitos, bem como nas hipóteses de pessoas colectivas, *maxime* sociedades comerciais, detidas na maioria do capital social pelo agente pessoa singular e a empresa for pequena, pelo que seria desproporcionado aplicar tal sanção, a qual pode oscilar entre 850 e 850.000 € (sec. 4, (2), e sec. 5). De jeito bem mais completo que em Portugal, a sec. 6 (3) do CP da Finlândia manda ter em conta, na determinação do *quantum* de multa a pagar pela pessoa colectiva, «o tamanho e capacidade de solvência desta, bem como os seus ganhos e outros indicadores essenciais da situação financeira da pessoa colectiva».

Em outras latitudes, nada se refere, p. ex., no CP cabo-verdiano, quanto a penas de substituição aplicáveis a pessoas colectivas, ao invés das penas acessórias consagradas no artigo 81.º, o que também merece o nosso reparo. Já o CP de Moçambique consagra o princípio da responsabilidade criminal das «pessoas colectivas e meras associações», nos casos expressamente previstos (artigo 28.º-A).

Não se ignora que estamos em face de matéria muito disputada e onde reina ainda grande insegurança. Do mesmo passo, é indiscutível que o Direito da União Europeia tem desempenhado uma grande influência neste domínio, embora se sublinhe que os

seus instrumentos normativos não obrigam os Estados a prescreverem uma responsabilidade criminal, podendo a mesma quedar-se pelo domínio administrativo^[8]. Bastará um brevíssimo relance de Direito Comparado^[9] para verificarmos que, como se assinou, em um ordenamento tão exigente como o alemão, inexistia ainda o necessário consenso doutrinal que permita ao legislador consagrá-la. Autores como ESER^[10] têm-se pronunciado favoravelmente, por um argumento diríamos quase de «igualdade de razão»: na medida em que as pessoas colectivas e entidades equiparadas usufruem de dados bens e de actividades lucrativas, é adequado que as mesmas arquem com as consequências lesivas para terceiros de actividades criminosas, ainda que as mesmas não sejam imputáveis a uma concreta pessoa singular. Diríamos que estamos em face da aplicação do princípio do *ubi commodum, ibi incommodum*.

3. O art. II.º, n.º 2 optou, em linha com o excursus de Direito Comparado que empreendemos, por excluir do seu âmbito de aplicação subjectivo «o Estado, as pessoas colectivas no exercício de prerrogativas de poder público» e «as organizações de direito interna-

[8] Veja-se a síntese elaborada em COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, «Livro Verde sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia», COM(2004)334 final, Bruxelas, 30/4/2004, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0334&from=PT> (acedido em Março de 2020), apontando-se para a adopção, em 1997, do «Segundo Protocolo da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias» (n.º 2, do art. 1.º, JOUE, L 328 de 5/12/2002).

[9] Entre uma multitude de referências, veja-se, p. ex., SILVINA BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosch, 1998, pp. 322-339 e JEAN PRADEL, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones», in: RDP, 4 (1999), pp. 661-677, dando nota da existência de um claro consenso em França em torno da matéria. Ao invés, sobre a divisão em Espanha e sobre a confusão reinante quanto a este sancionamento (pena, medida de segurança ou *tertium genus*), cf. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Personas

jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», in: LUIS ALBERTO ARROYO ZAPATERO/IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam, vol. I, Toledo, etc.: Universidad de Castilla-la-Mancha, etc., 2001, pp. 967-991, em esp., pp. 976-981.

[10] «Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización», in: AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, pp. 30-31.

cional público»^[11]. Não nos referiremos a estas últimas, na medida em que existe um conjunto de imunidades regidas por numerosos tratados e convenções que impediriam um tratamento nesta sede.

Todavia, quanto aos entes públicos estaduais, manifestamos a nossa total discordância com a opção político-criminal, em especial em uma época de crescente dificuldade em caracterizar entes públicos empresariais complexos, como as fundações públicas de direito privado, numa já conhecida «fuga do Direito Administrativo para o Direito Privado» ou mesmo num «Direito Administrativo sem Estado»^[12], de duvidosa compatibilidade com o art. 13.º da CRP. Não se diga que o Estado não pode ocupar a posição passiva em relações jusprocessuais, bastando lembrar as acções de Direito Administrativo ou Fiscal diariamente intentadas contra ele – seja por particulares, seja por qualquer outra pessoa de Direito Público. Por outro lado, é de uma indizível falta de lisura considerar que aquilo que serve as finalidades punitivas para pessoas colectivas de Direito Privado já não serve para o Estado, como se este – ainda por cima entendido em sentido amplo, como se retira da norma – estivesse a coberto de uma qualquer presunção de legalidade de actuação que já nem no Direito Administrativo é um princípio sagrado como foi (veja-se, p. ex., a matéria da execução prévia de actos

[11] O que já tem levantado problemas concretos como o tratado adequadamente no ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 13/6/2018 (Proc. n.º 1535/13.0TDPRT.P1, MANUEL SOARES): *A exclusão de responsabilidade prevista no art. 11.º, 2 CP só é concedida às pessoas colectivas, que em relação ao concreto acto, tenham actuado no exercício de prerrogativas de poder publico (ius imperi). (...) O que está em causa é saber se a cooperativa arguida cabe no conceito de "pessoa colectiva que*

exerce prerrogativas de poder público" (...) tem estatuto equiparado a instituição particular de solidariedade social (IPSS) e estatuto de pessoa colectiva de utilidade pública. (...) O regime jurídico da declaração de utilidade pública está previsto no DL n.º 391/2007, de 13 de Dezembro. Nele não se prevê a atribuição de quaisquer poderes de autoridade pública às instituições que dele beneficiem. Apenas se lhe concede um estatuto especial, que permite obter certos benefícios (p. ex., isenções fiscais), em atenção

ao interesse público da sua actividade. Parece-nos, pois, forçado, sem mais análise, equiparar o conceito de "pessoa colectiva de utilidade pública" ao de "pessoa colectiva no exercício de prerrogativas de poder público" (...) [.] o que não é o caso de tal cooperativa.

[12] Por todos, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um paradigma?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

administrativos que se baseavam na presunção de que o Estado actuava conforme a Lei e o Direito). Acresce que, p. ex., em delitos contra a liberdade e autodeterminação sexuais, o *leading case* “Casa Pia”, se se repetisse, não importaria qualquer tipo de responsabilidade penal para o instituto público em causa, sendo exacto que, em grande medida, foi por via da falta de supervisão e controlo dos seus trabalhadores que muitos dos crimes foram praticados. Ou os crimes contra a natureza, sistematicamente inseridos no CP nos delitos de perigo comum (v. g., artigos 278.º, 279.º a 281.º). Só uma concepção que pretende salvaguardar o Estado da liquidação de pesadas penas de multa justifica esta iniquidade. Não chegamos, contudo, à conclusão que estamos em face de uma inconstitucionalidade material por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), pois admitimos ainda que exista uma diferença em termos das atribuições estatais quando comparadas com as competências das pessoas colectivas privadas. Mas andamos próximos, se bem vemos as coisas, de tal vulneração da Lei Fundamental. E nem se diga que o facto de as pessoas colectivas públicas estarem excluídas do âmbito de aplicação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (art. 2.º, n.º 2, al. a)) é argumento decisivo. Antes de mais, em função do orçamento de que dispõe, o Estado *qua tale*, mesmo em situações severas de crise como a que vivemos recentemente, acaba por encontrar formas de financiamento e, por outro lado, a faculdade de cobrar impostos, em último termo, sempre importará uma capacidade de fazer face ao passivo. Assim nos tem demonstrado a História de vários países que entraram em situação de «quebra» e que, nem por isso, deixaram de manter a sua soberania, ainda que limitada.

4. Cortando, assim, as amarras de um secular *societas delinquere non potest*, na sequência – julga-se, na medida em que não sobrou rasto da discussão nas actas públicas – dos trabalhos da Unidade de

Missão para a Reforma Penal, uma das novidades mais salientes da revisão do CP de 2007 foi, efectivamente, o novo regime em epígrafe.

Sabido como era – há muito – que as estruturas corporativas cada vez mais complexas da “modernidade tardia” (BAUMAN) implicam que a tomada de decisões seja repartida por um conjunto centrífugo de níveis de responsabilidade, tornava-se, em muitos momentos, impossível a prova *beyond any reasonable doubt* da imputação objectiva e subjectiva de um dado crime a uma certa pessoa^[13]. Na verdade, como acontece na vida comum, a repartição de responsabilidades é inversamente proporcional, em termos de punição, ao número de pessoas singulares chamadas a decidir, p. ex., quanto à introdução no mercado de um certo produto medicamentoso que vem a tornar-se letal para os seres humanos. Culpa repartida morre solteira e terá sido essa a principal motivação de política criminal que, primeiro na família do *common law* e, depois, na do *civil law*, encaminhou os legisladores para a conclusão pragmática de que mais valia responsabilizar os entes colectivos que não existir qualquer responsabilidade apta a lesar bens jurídicos fundamentais à convivência humana e ao livre desenvolvimento da pessoa.

Assim, com toda a frontalidade, foi a admissão – expressa ou encapotada – da incapacidade da dogmática juscriminal das pessoas físicas em tais hipóteses que fez trilhar um caminho novo e cujas consequências só com o tempo se têm vindo a sentir. Não é de estranhar, por isso, que um ordenamento tão exigente como o alemão ainda não tenha dado este passo e que há decénios venha ocupando a atenção da doutrina. Em Portugal, seguindo exemplos como o espanhol e o francês, sem grande elucubração teórica e prática, seguiu-se esse trilho, admitindo a impossibilidade de concluir por centros autónomos de imputação nos variegados

[13] *Inter alia*, ULRICH SIEBER, «Grenzen des Strafrechts – Grundlagen und Herausforderungen des neuen straf-

rechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht», in:

Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaft, 119 (2007), pp. 1-68.

e sucessivos níveis de tomada de decisão – por acção ou omissão –, em especial nas grandes sociedades comerciais, com estruturas internas às vezes tão complexas quanto as de um Estado.

Mais ainda, não adianta obnubilar que foi uma intencionalidade de arrecadação de receita, ligada a uma determinada perspectiva de prevenção geral, aquela que justificou abrir a brecha que anteriormente só era admitida no Direito Penal secundário, desde o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que, aliás, serviu de fonte próxima da normação constante do artigo 11.^o^[14] e dos artigos 90.^o-A, ss.^[15], embora o diploma que sanciona os crimes contra a economia e a saúde pública não conheça a aplicação de penas substitutivas *privativas*, aplicando-se o regime geral da codificação criminal (art. 1.^o, n.º 1 do Decreto-Lei).

5. Surgiu todo um conjunto de teorias justificativas deste novo título de responsabilidade, de entre as quais, para os efeitos deste artigo, basta atentar em duas: a *teoria da analogia* e a *teoria da deficiente (ou má) organização*. A primeira é, entre nós, advogada por FIGUEIREDO DIAS^[16], na sequência de estudos da doutrina alemã e que tem sido seguida pela jurisprudência^[17]. Em extrema súmula, as pessoas colectivas surgem como obra da construção do espírito humano e, por isso, podem elas mesmas, *de per se*, responder au-

[14] Compare-se o art. 11.^o, n.º 6 do Código Penal com o art. 3.^o, n.º 2

[15] Qualquer referência a uma norma jurídica deve entender-se por feita para o Código Penal, salvo expressa indicação em contrário. Para além do diploma em texto, cf. o RJIFNA (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15/1, depois, RGIT), o RJIFA (Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25/10) e outros diplomas avulsos.

[16] Com a colaboração de MARIA JOÃO

ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO, *Direito Penal, Parte Geral*, t. I, 3.^a ed., Coimbra: Gestleg, 2019, pp. 343, ss.

[17] Entre tantos, veja-se o ac. do TRP de 17/12/2014 (Proc. n.º 3189/12.2IDPRT. Pl, NETO DE MOURA): I - A ideia base em que assenta a atribuição de responsabilidade penal às pessoas colectivas é a de que as pessoas físicas que são titulares dos seus órgãos ou seus representantes não são distintas da própria pessoa colectiva, pelo

que, agindo o órgão, o representante ou quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da actividade é a própria pessoa colectiva que age: a vontade do órgão ou do representante dirigida ao cometimento da acção criminosa é a vontade da própria pessoa colectiva. II – Dar como provado que os arguidos, pessoas físicas, agiram em nome e no interesse da sociedade equivale a dizer-se que actuaram como titulares dos seus órgãos e portanto, como representantes legais da sociedade arguida.

tonomamente pelos crimes cometidos por quem desempenha funções nos seus órgãos sociais. Tudo se passaria como se as pessoas colectivas e entidades equiparadas fossem uma espécie de extensão utilitária das singulares e, por isso, já que estas as haviam criado e estas intervêm no tráfego jurídico, então tudo se passaria como se os juízos aplicáveis a quem actua em seu nome e em sua representação, ocupando uma «posição de liderança» e não tendo actuado contra ordens ou instruções expressas contrárias do ente colectivo (que naturalmente só podem existir se e na medida em que esses «líderes» tenham agido), pudessem analogicamente, repercutir-se na esfera jurídica das pessoas colectivas. Não cuidaremos aqui de saber se esta «analogia», porque fundamentadora de responsabilidade criminal, viola o artigo 29.º da Constituição e o artigo 1.º Ao menos, como se sabe, o Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se sobre a questão, mas ainda só em sede de Direito Penal secundário, tem repetidamente afirmado a solvabilidade face à Lei Fundamental de tal opção legislativa^[18].

É nossa convicção que esta não é a posição que melhor fundamenta a responsabilidade criminal dos entes colectivos. Se é verdade que ela assume meridiana clareza e se adequa à ideia de que o comportamento de quem ocupa uma «posição de liderança» se repercute na esfera jurídica colectiva, como se fosse uma actuação em espelho, também é verdade que, se bem vemos as coisas, ela nem sequer é uma teoria justificadora da responsabilidade *das próprias pessoas colectivas e entes equiparados*. Expliquemo-nos: a teoria justifica essa responsabilidade por via da das pessoas singulares que, no quadro de uma representação orgânica, actuam em nome e no interesse das pessoas colectivas. Dito de outra forma, parte

[18] Acórdãos n.ºs 302/95, de 8/6/1995 (Proc. n.º 35/94, MESSIAS BENTO), 656/97, de 4/11/1997 (Proc. n.º 126/97, RIBEIRO MENDES), 395/2003, de 22/7/2003 (Proc. n.º 134/2003, MÁRIO TORRES), disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

da actuação das primeiras e, depois, quase que “a papel-químico”, responsabiliza as segundas, mas nada nos diz quanto ao seu título de imputação em si mesmo considerado. Donde, salvo o devido respeito, parece-nos imprestável para servir de fundamento.

Terá de ser uma posição que encontre algo de diferente, autónomo e próprio na responsabilidade dos entes colectivos e equiparados que justifique tal imputação, sob pena de estarmos em face de um critério extrínseco às próprias pessoas a quem se deseja assacar a imputação criminal. Donde, terá de ser num certo modo de actuação da pessoa colectiva, intrínseco a ela, que a resposta mais satisfatória deve ser encontrada, desde já se adiantando que não existe, em nossa perspectiva, nenhuma posição que vença na totalidade as objecções da ausência de acção própria e, sobretudo, de um centro autónomo de imputação do tipo subjectivo e da culpa apto a funcionar como suficientemente credível para satisfazer os mais exigentes critérios da dogmática penal. Trabalharemos sempre, neste domínio, com ficções legais, pela linear razão que os sujeitos na base deste título de imputação também são meras ficções. Donde, do que se trata – digamo-lo abertamente – é de encontrar a teoria menos má apta a servir de fundamento a essa responsabilidade criminal de entes colectivos e equiparados.

Ora, essa parece-nos ser a segunda posição a que aludimos *supra*, ou seja, a teoria da deficiente organização, a qual tem sido desenvolvida, no essencial, por outros autores germânicos e, com particular relevo, em nosso juízo, por ULRICH SIEBER^[19]. Na base, o problema contende com a dogmática dos crimes omissivos impuros; o ente colectivo é responsabilizado porque não empreendeu todas as medidas necessárias e suficientes ao afastamento da eventualidade de práticas criminosas, o que originou uma deficiência

[19] De entre outras obras em que a posição do autor é analisada, *vide*, com interesse, MARC ENGELHART, *Sanktio-*

nierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeiten-

rechts in Deutschland und den USA, 2. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 2012, pp. 337-373.

na supervisão, controlo e fiscalização. Ao invés da teoria analógica, como se propendia acima, é dentro da imputação criminal do ente colectivo que se busca a sua fundamentação, pelo que nos encontramos ante uma explicação endógena.

Pelo facto de intervirem no tráfego jurídico, as pessoas colectivas e equiparadas, tal como as singulares, têm de se comportar de forma tal que não afectem – ou o façam na menor escala possível – bens jurídicos alheios, individuais ou colectivos. No caso das primeiras, pela sua própria natureza e maior complexidade interna, com intervenção de sucessivos níveis de imputação individual, os deveres de vigilância, controlo e supervisão devem ser particularmente adimplidos. O que permite afirmar, não só de um prisma objectivo, mas também subjectivo, que, se tal não suceder, será quem ocupa uma «posição de liderança» ou os trabalhadores sobre os quais os primeiros deviam exercer tais deveres aqueles a quem se assacará a responsabilidade criminal. Na base naturalística, é óbvio que nunca abandonamos o domínio da acção (*rectius*, omissão) individual-concreta da pessoa singular. Mas do prisma da própria representação social do incumprimento de um *facere*, se e na medida em que os que actuam em nome e no interesse da pessoa colectiva são as suas faces visíveis e que a vinculam, então torna-se mais compreensível que se possa imputar a responsabilidade penal aos entes colectivos.

Dito de outra forma – e adoptando-se aqui a teoria clássica ou formal ou a teoria moderna ou das funções, inaugurada por KAUFMANN^[20] –, por via da lei, do contrato ou da ingerência (para nos ficarmos pela primeira concepção que o legislador

[20] Veja-se o nosso *As «posições de garantia» na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, *passim*.

espanhol, p. ex., elevou a fontes do dever de garante no artigo 11 da sua codificação penal), toda a responsabilidade criminal dos entes colectivos está construída sob a dogmática da omissão impura ou imprópria^[21]. Assim, para que a imputação exista, mister será que o agente tenha capacidade de acção, no caso concreto, possibilidade fáctica de intervir, e sobre ele recaia um dever legal de garante que pessoalmente o obrigue (artigo 10.º, n.º 2), para além de lhe ser exigível que houvesse actuado na hipótese em causa – juízo de culpa dirigido a quem actua em nome e no interesse da pessoa colectiva e que se repercute nela não em virtude da analogia, mas sim se e na medida em que foi uma má ou deficiente organização *da própria pessoa colectiva* que conduziu à possibilidade do resultado lesivo ou colocador em risco de lesão de bens jurídicos. Cremos que esta é uma forma mais adequada de superar uma crítica bem fundada que se pode dirigir à teoria da analogia e que acaba por ser a de, na materialidade das coisas, admitir uma transmissão de responsabilidade criminal vedada pela CRP no artigo 30.º, n.º 3.

O que se defendeu até aqui leva-nos, igualmente, a convocar a «teoria do domínio do facto»^[22] não apenas como critério delimitador dos vários graus de comparticipação criminosa, mas também como coadjuvante fundamentadora da

[21] Embora não o diga da forma que deixámos descrita em texto, e se refira a crime previsto em legislação extrava-gante, mas ao qual se aplica, *in totum*, o artigo 11.º, é nesse sentido que julgamos poder interpretar o seguinte sumário respigado do ac. TRP de 12/10/2011 (Proc. n.º 155/05.8TAVNG.Pt. JOAQUIM GOMES): I – O representante legal ou voluntário de uma sociedade só deve ser considerado como autor de facto penalmente ilícito quando tenha um pleno domínio das condutas descritas no tipo legal. II – No caso do crime de abuso

de confiança em relação à Segurança Social, são autores todos os gerentes que tenham conhecimento da retenção e não entrega das correspondentes prestações tributárias, ou seja, que estejam a par das decisões societárias, tendo o respectivo domínio directo dos factos. III – Todos os dirigentes societários que têm o dever de acção sobre as situações geradoras de violação dos bens jurídico-penalmente tutelados encontram-se numa situação de domínio sobre essas fontes de perigo e, como tal, têm um domínio, ao menos funcional, sobre o subsequente resultado criminalmente

desvalioso que decorre da sua conduta de omissão.

[22] Sobre ela e para um seu novo entendimento, por todos, A. M. DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2017, de quem tomamos de empréstimo o entendimento da imputação objectiva.

responsabilidade dos entes colectivos. Não se trata, segundo cremos, todavia, de uma fundamentação autónoma da já apon-tada a propósito de uma má ou deficiente organização que redunde em que a imputação penal destas pessoas colectivas se baseie sempre na dogmática dos crimes comissivos por omissão. Determinar o se, o quando e o como da actividade criminosa é, na verdade, uma outra forma de encarar a imputação objectiva que comporta vantagens quando comparada com as consagra-das «teorias da conexão do risco», por mais facilmente ter ade-são à realidade. Donde, o domínio do facto não é uma forma autónoma de explicar porque se punem os entes colectivos, mas uma forma mais perfeita, também para a responsabilidade das pessoas singulares, para preenchermos o requisito da imputa-ção objectiva, o que, na omissão impura, tem a vantagem de, para além disso, de igual modo ajudar na identificação das fon-tes ou dos planos em que se analisa o dever de garante.

Isto dito, defendemos que, assim entendida a responsabilidade criminal dos entes colectivos, então inexistente razão para se não lhes aplicar a possível atenuação especial da pena a que alude o artigo 10.º, n.º 3. E nem se diga que o artigo 72.º está pensado para a pena de prisão, por desde logo tal não ser verdade quando se o confronta com o artigo 73.º, aquele que, na verdade, contém a fórmula prática para o operacionalizar. Por outro lado – e sobretudo –, a razão de ser da atenuação especial como forma específica de determinação da pena consiste na acentuada diminuição da ilicitude, da culpa ou das exigências preventivas-gerais ou especiais, o que tanto ocorre na responsabilidade das pessoas singulares como colectivas. Aliás, se assim não fosse, nunca se poderia, p. ex., aplicar ao catálogo de crimes do artigo 11.º, n.º 2 o instituto da tentativa, pela linear razão que esta forma especial de surgimento do delito é punível com a pena prevista para o crime consumado, a qual é especialmente atenuada (artigo 23.º, n.º 2).

O mesmo se diga quanto à dispensa de pena, seja a prevenida no artigo 74.º, sejam as demais concretizações da ideia de falta de necessidade de punição espalhadas pela Parte Especial do CP e em outras disposições extravagantes que incorporem o Direito Penal de justiça^[23]. Importado do § 60 do StGB: *Absehen von Strafe* (*Strafgesetzbuch*: CP alemão), prova de que o conceito de culpa é, entre nós, somente de natureza unívoca ou unilateral (não há pena ou crime sem culpa, mas pode haver culpa sem pena), esta outra forma especial de determinação da sanção principal justifica-se em obediência ao princípio fundamental de toda a intervenção criminal da *(des)necessidade de pena*, a qual, tendo em conta o maior ou menor grau de lesão da má ou ausência de organização, tanto se aplica às pessoas singulares, como às colectivas.

III. ALGUNS DADOS ESTATÍSTICOS

Um instrumento relevante para aferirmos da importância de um qualquer tema, em qualquer ciência, é o recurso às estatísticas oficiais disponíveis. Embora ainda existam alguns sectores doutrinários que entendam essa como uma tarefa exclusiva da Criminologia, não podíamos estar mais nos antípodas deste modo de encarar a *gesamtes Strafrechtswissenschaft*, que, aliás, aqueles detractores dizem defender.

Tendo em conta a informação disponível^[24], que infelizmente só diz respeito ao número de suspeitos ou arguidos pessoas colectivas e equiparadas, desde 2008 – ano em que se poderão já ter começado a notar alguns efeitos da reforma entrada em vigor em 15/9/2007 – e até 2018 (cerca de 1600), último disponível, face ao

[23] Embora relativa a Direito Penal secundário, existe jurisprudência nesse sentido, como o ac. do TRP de 16/6/2004 (Proc. n.º 0440429, ANTÓNIO GAMA): I – A dispensa

de pena prevista no art. 22.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho [RGIT] pode ser aplicada a pessoas colectivas [...].

[24] Disponível em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Agentes_suspeitos_tipo_pessoa_colectiva_crimes_registados.aspx e consultado em Março de 2020.

elenco taxativo de delitos previstos no artigo 11.º, n.º 2, é evidente que a criminalidade aquisitiva é a mais representativa, seguida dos crimes contra a vida em sociedade (cerca de 300 em 2018), dos crimes contra o Estado em geral (próximo dos 100 no mesmo ano) e, por fim, com menos expressão, os delitos contra as pessoas (em número idêntico). Trata-se de uma leitura que está em linha com a estrutura da criminalidade geral no nosso país, também para as pessoas singulares. Nada de estranhar, na medida em que são estas últimas que actuam em nome e no interesse dos entes colectivos e sabido como é que, em muitas hipóteses, existe responsabilidade cumulativa. De 2008 a 2013, os crimes contra a propriedade e contra o património conheceram uma tendência ascendente (de pouco mais de 200 em 2008 para cerca de 1700 em 2013), momento a partir do qual se assiste a uma curva descendente não linear até 2016 e alguma subida até 2018. No que tange às demais tipologias criminais, a tendência é de uma contínua subida de 2008 a 2018.

Outro elemento importante no estudo que empreendemos, mais especificamente quanto às penas substitutivas aplicáveis aos entes colectivos, diz respeito à análise da sua aplicação, sendo que os dados tratados de que dispomos são até ao ano de 2013^[25]. A multa (artigos 90.º-A, n.º 1, e 90.º-B) é a mais aplicada pena principal às pessoas colectivas e entidades equiparadas, o que está em conformidade com o modo como o CP a idealizou, visto que esta se trata da sanção «de primeira linha» e a dissolução de *ultima ratio* (artigos 90.º-A, n.º 1, e 90.º-F), motivo pelo qual apresenta esta um valor estaticamente desprezível^[26]. Mesmo a multa principal, apesar do natural movimento contínuo de crescimento, representa apenas

[25] Agradecemos à DGPJ (Direcção-Geral da Política de Justiça) o fornecimento dos dados brutos que nos permitiram chegar às conclusões apresentadas.

[26] Na verdade, a confiar nos dados fornecidos, não se encontra qualquer registo de condenação com trânsito em julgado, a partir de 2007, da pena de dissolução de pessoa colectiva e entidade equiparada.

cerca de 4% do total das condenações ocorridas em 2013 nos tribunais judiciais de 1.^a instância, entre pessoas singulares e colectivas e entidades equiparadas. As penas de substituição que o CP prevê para estas últimas são quase inexistentes na prática applicativa, não chegando sequer a 0,5% do total dessas condenações.

Adiante-se, desde já, que tais dados não possuem a riqueza analítica dos correspondentes às pessoas singulares, o que bem se compreende, porquanto apenas com a Reforma de 2007 do CP, como se sabe, esta forma de responsabilidade criminal fez o seu aparecimento no Direito Penal clássico. Tal não significa, como é evidente, que antes dessa data não existissem condenações desses entes em específicas áreas do dito «Direito Penal secundário», mas em número pouco considerável, quando comparado com as pessoas singulares e tomando por referência o total de condenações em cada ano.

IV. NOTAS SOBRE O COMPLIANCE CRIMINAL

Impõe-se, neste momento da exposição, uma breve nota sobre os mecanismos de *compliance* criminal, apresentados como formas de exclusão da responsabilidade penal das pessoas colectivas^[27]. Na verdade, como visto já, tirando as hipóteses de verificação prática muito reduzida do artigo 11.º, n.º 6 e a sempre complexa prova de que se não actuou *em nome e no interesse* do ente colectivo, estes últimos ficam dependentes, de jeito inexorável, da conduta das pessoas singulares, o que, bem vistas as coisas, não é uma especificidade do presente regime, já que as pessoas colectivas só acedem ao

[27] Em Portugal, sem sermos exaustivos, cf. MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018; ANABELA MIRANDA RODRI-

GUES, *Direito Penal económico. Uma política criminal na era compliance*, Coimbra: Almedina, 2019; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões fundamentais de Direito Penal da empresa*, reimp., Coimbra: Almedina, 2019.

mundo físico por via de quem nelas ocupa uma posição de liderança ou é um trabalhador que labora sob indicações daqueles.

Existe um conjunto de factores de diversa índole que conduziram ao surgimento de programas de cumprimento. De entre eles urge salientar a tendência para o inadimplemento, pelas pessoas colectivas, em especial pelas sociedades comerciais, numa economia capitalista e de mercado, de todo o tipo de normas jurídicas e mesmo daquelas que, não sendo jurídicas, resultam de mecanismos de auto-regulação, como os códigos de boas práticas ou condutas. Acresce a verdadeira desregulação dos mercados e o liberalismo que conhece no eixo THATCHER/REAGAN o seu primeiro motor nas décadas que nos são mais próximas. As abordagens criminológicas de autores como TARDE (“leis da imitação”), SUTHERLAND (“associação diferencial”) ou o “clima de erosão normativa, através de técnicas de neutralização” (ULRICH SIEBER) formam um caldo criminológico também favorável.

Na sequência dos escândalos financeiros de empresas como a *Enron*, a *Tyco International*, a *Adelphia*, a *Peregrine Systems* e a *WorldCom*, com as devastadoras consequências no que viria a ser conhecido como a “crise das dívidas soberanas”, a administração norte-americana interveio. Em termos de diplomas onde os programas de *compliance* fazem o seu aparecimento em sentido moderno – uma vez que a ideia de os entes colectivos cumprirem as normas a que estão sujeitos é velha de séculos –, o primeiro terá sido, antes da assinalada crise, o *Foreign Corrupt Practices Act* 1977 dos EUA (FCPA). Inicialmente só para as pessoas singulares e colectivas dos EUA que celebrassem negócios com estrangeiros deveriam reportar os pagamentos a entidades públicas estrangeiras essenciais à conclusão de contratos, o que foi uma admissão de uma realidade de todos conhecida: existe uma corrupção entranhada no Estado, melhor, uma corrupção de/do Estado, institucionalizada, e as sucessivas administrações norte-americanas desejam conhecê-las

para, de alguma forma, terem um certo controlo sobre o fenómeno e, em outra perspectiva, a fim de assegurarem, no possível, uma sã concorrência entre as sociedades comerciais dos EUA. Mais tarde, desde 1998, o âmbito subjectivo desta legislação alargou-se às pessoas singulares e colectivas estrangeiras, a operar em território dos EUA, em relação a contratos celebrados com outras também com sede fora daquele país. Numa outra ordem de considerações, nas *U.S. Sentencing Guidelines*, o *compliance* e a colaboração com as autoridades passaram a ser entendidos como causas de atenuação da pena, tendo mesmo o Supremo Tribunal norte-americano, no caso *EUA c. Arthur Andersen*^[28], concluído pela inaplicabilidade da 5.^a Emenda, de 1791^[29], às pessoas colectivas. Ainda nos Estados Unidos, destaque para o *Sarbanes-Oxley Act* 2002, do qual salientamos a protecção dos accionistas mediante a imposição aos órgãos sociais de deveres de organização, assim como o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* 2008 (com entrada em vigor em 2010), em que se consagra a protecção dos contribuintes face aos *bail-outs* públicos, de igual modo por via de mecanismos de *compliance*. No Reino Unido, destaque para o *Bribery Act* 2010.

Existe uma miríade de definições do que sejam esses programas de cumprimento, mas cremos não errar muito se dissermos que o traço unificador é estarmos em face de um conjunto de normas, procedimentos e sistemas de vigilância e controlo destinados a evitar ou a perseguir a prática de infracções penais, contra-ordenacionais ou outras, através do cumprimento dessas normas e procedimentos, no âmbito de uma pessoa colectiva ou

[28] De 31 de Maio de 2005. Pode consultar-se em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-368.ZS.html>.

[29] No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of

a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a

witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

equiparada. De tais normas e princípios farão parte o quadro normativo público vigente (*v. g.*, normas de Direito Internacional Público e da União Europeia, CP, legislação penal avulsa, contra-ordenacional, de entidades reguladoras), bem como de origem interna: códigos de conduta, manuais de procedimentos, cláusulas contratuais em contratos de trabalho, de prestação de serviços, de fornecimento (em regra, as normas internas estão ao serviço das provenientes do Estado).

O *compliance* criminal pode ser classificado da seguinte forma: substantivo/adjectivo e preventivo/repressivo. O primeiro diz naturalmente respeito à adopção de normas jurídicas que corporizem os requisitos de um programa de cumprimento aplicável aos entes colectivos e que, se adimplidos, podem, através de várias figuras dogmáticas, conduzir à sua ausência de punição. A modalidade adjectiva contende com o efeito que tais programas podem ter na organização de um processo interno nas pessoas colectivas, com vista a prevenirem ou investigarem a prática de ilícitos criminais, disciplinares ou civis. Naturalmente que a segunda classificação aponta para o momento em que o *compliance* surge: antes da prática ilícita ou já depois da existência de uma qualquer denúncia (muitas vezes por via de canais anónimos de *whistleblowing*) atinente aos ilícitos mencionados. Diga-se, desde já, que a modalidade repressiva só tem cabimento hoje – e eventualmente no futuro se o nosso legislador adoptar uma norma similar à do artigo 31 *bis* do CP espanhol – se e na medida em que contenda com ilícitos disciplinares, regidos pelo Código do Trabalho (CT) ou pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP). É inaceitável qualquer espécie de inquérito preliminar e paralelo em matéria penal, configurando mesmo uma proibição de prova, por inexpugnável violação do princípio da legalidade e pela proscrição, com o actual Código de Processo Penal (CPP),

de uma qualquer fase prévia ao inquérito^[30], ainda por cima nas mãos de particulares.

Procurando sistematizar o que vem sendo defendido na doutrina^[31], é verdade que os modelos de *compliance* devem ser adaptados a cada sector de actividade (*taylor-made approach*), sendo que eles conhecem as seguintes traves-mestras: a) sistema de normas, procedimentos e protocolos internos que obedeçam ao princípio da legalidade; b) análise de riscos (*risk assessment*); c) sistema sancionador – apenas ao nível disciplinar e comunicação ao Ministério Público em caso de notícia de crime; d) instituições que garantam o cumprimento e actualização das normas – *compliance officers*. Em extrema sùmula, quanto ao primeiro, não se trata de criar um ordenamento sancionatório paralelo, pelo que se aplicam, *in totum*, as normas do CT e da LTFP, em sede disciplinar, com eventual aumento das fontes resultantes no inadimplemento dos deveres aí previstos (*v. g.*, zelo). São também relevantes os “códigos de conduta” com funções similares às da prevenção geral (positiva), devendo evitar-se uma abordagem *tone from the top*, fomentando a participação de trabalhadores e eventualmente de fornecedores de serviços. No que tange à análise de riscos, deve partir-se do estudo da actividade concreta da pessoa colectiva e assim identificar riscos em abstracto de comissão de ilícitos, bem como das actividades específicas mais expostas. O sistema sancionador organiza-se com base em canais de denúncia dentro da pessoa colectiva, com garantia de confidencialidade, mas aqui não se pode criar, excepto se lei expressa o disser, regime diferente ao hoje constante dos artigos 242.º e 244.º do CPP, que só são obrigatórios se existir

[30] Sobre o tema, por todos, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal preliminar*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1990.

[31] Essencial, hoje, *Derecho Penal económico y de la empresa*, MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 121, ss., 145, ss.

responsabilidade criminal omissiva, com dever de garante (art. 10.º). Não é de mais sublinhar, de novo, a recusa de investigações internas com valor em processo penal, atentos os elevados riscos de privatização da justiça criminal^[32]. Finalmente, quanto às instituições, terá de existir um responsável pelo *compliance* ou conselho de *compliance*, o qual responde perante o órgão de administração e direcção, nomeado por este, mas deverá ser dele independente, sob pena de nada fiscalizar, em concreto, visto a generalidade dos ilícitos imputados às pessoas colectivas ser cometida por quem tem assento nos seus órgãos sociais. Defendemos, aqui, uma aproximação ao sistema italiano do Decreto Legislativo n.º 231/2001, de 8 de Junho^[33], bem como a importância de alocação de orçamento próprio e gerido por esses responsáveis independentes dos órgãos executivos e deliberativos.

Last but not the least, neste apartado, uma enxuta referência ao já citado artigo 31 *bis* do CP espanhol. O mesmo prevê isenção de responsabilidade penal nos crimes cometidos em nome e no interesse da pessoa colectiva pelos seus representantes legais, desde que se achem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: *a*) criação e execução eficaz, *ex ante delicto*, de modelos de organização e gestão que incluem medidas de vigilância e controlo aptas a prevenir delitos ou a reduzir de forma significativa o risco da sua prática; *b*) o órgão responsável por essas funções deve ser autónomo, interno ou externo à pessoa colectiva; *c*) os agentes pessoas singulares iludiram fraudulentamente os ditos modelos de organização e prevenção e; *d*) não tenha havido omissão ou negligência no exercício das funções de supervisão, vigilância e controlo pelo órgão designado.

[32] Com muito acerto, MARIA JOÃO ANTUNES, «Privatização das investigações e *compliance* criminal», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 28, 1 (2018), pp. 119-127.

[33] *Gazzetta Ufficiale*, n.º 140, de 19 de Junho de 2001.

Quanto aos crimes cometidos por trabalhadores que incumpram gravemente os deveres de supervisão, vigilância e controlo, prevê-se uma isenção de responsabilidade da pessoa colectiva se, *ante delictum*, esta tiver adoptado e executado eficazmente um modelo de organização e gestão que reduza significativamente o seu risco. Em relação às pequenas e médias empresas (PME), admite-se que o órgão de administração sirva de *compliance officer*, o que é inconcebível, atenta a necessidade de autonomia deste último. É exacto que se tratou de uma forma de adequar os programas a sociedades comerciais com fraca ou média capacidade financeira, mas este modelo faz implodir a própria noção e os princípios básicos do *compliance*. De sublinhar que, no que tange aos requisitos dos modelos de organização e gestão, o legislador espanhol exige uma identificação das actividades concretas em cujo âmbito é previsível o delito, protocolos ou procedimentos que especifiquem o modo de formação da vontade da pessoa colectiva, modelos de gestão dos recursos financeiros dissuasores de crimes, obrigação de informar o órgão fiscalizador de riscos e incumprimentos, criação de um sistema sancionatório disciplinar e verificação e actualização periódicas do modelo (alterações legislativas ou mudanças organizacionais).

Como se disse, a figura dogmática encontrada no CP de Espanha foi a da isenção da responsabilidade penal (artigo 20), a qual contende com realidades muito distintas, como a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, tipos justificadores como a legítima defesa, o estado de necessidade e o conflito de deveres ou o exercício de direitos, pelo que não tem correspondência expressa ao nosso quadro dogmático. Poder-se-ia pensar, a adoptar norma paralela em Portugal, numa cláusula de não punibilidade (a qual não é isenção ou dispensa de pena), uma vez que configurar o *compliance* como causa de atipicidade da conduta não corresponde, em nosso entender, ao fundamento desta última figura, melhor se quadrandando uma caracterização como a propagnada. Na verdade, a sua

amplitude, sobretudo baseada em ausência de razões de prevenção geral e especial para a intervenção penal, teria a vantagem de colocar o problema onde ele deve estar, *i. e.*, ao nível da punibilidade, preenchidos antes os demais elementos constituintes do conceito material de crime, no que seria, ao fim e ao cabo, um reforço contrafactivo de que o *compliance* não se transformaria em um salvo-conduto para as pessoas colectivas cometerem ilícitos, mas uma forma de estas últimas se defenderem de quem, em cada momento, nelas ocupa “posições de liderança”. E isto, cremos, reforçaria, em particular, o efeito preventivo-geral que nos surge como mais notório de normas como a paralela à do artigo 31 *bis* do CP espanhol, a qual, depois de amplo debate e eventuais aprimoramentos, deveria merecer consagração também em Portugal.

V. NÓTULAS SOBRE AS PENAS SUBSTITUTIVAS APLICÁVEIS A ENTES COLECTIVOS

1. Começando por uma breve análise de regime, prevêem-se as seguintes penas substitutivas: admoestação (artigo 90.º-C)^[34], caução de boa conduta (artigo 90.º-D) e vigilância judiciária (artigo 90.º-E), as quais foram já consideradas como «suficientemente ampl[a]s»^[35]. Substitutivas apenas, como é bem de ver, da multa como pena principal^[36], na medida em que a dissolução, pela sua própria natureza de «morte civil» do ente colectivo, não admite qualquer sanção que se aplique em vez dela.

[34] Como refere NUNO BRANDÃO, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas...», p. 44, aqui se detecta uma alteração quanto a um diploma da área do Direito Penal secundário, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, em que a admoestação é configurada como pena

principal, o que é valorado positivamente, atenta a «sua baixa eficácia preventiva».

[35] NUNO BRANDÃO, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas...», p. 54.

[36] A qual, aliás, já foi objecto de

dúvidas de constitucionalidade quanto ao seu limite mínimo de € 100, em termos de taxa diária, o que carece de qualquer sentido, como bem decidiu o ac. do Tribunal da Relação de Évora de 10/5/2016 (Proc. n.º 1966/13,6TAPTM.Ei, JOÃO AMARO).

Existe, como regra, um paralelo entre estas sanções e algumas das que se destinam às pessoas singulares. Claramente que o artigo 90.º-C se aproxima do artigo 60.º, para o qual, aliás, o legislador remete, sendo exacto ainda que o limite formal de aplicação é o mesmo (240 dias de multa, aqui correspondente a dois anos de prisão, nas pessoas singulares: artigo 90.º-B, n.º 2), ambos sendo substitutivos da multa principal, com a diferença natural de que a privação de liberdade se não acha prevenida, por impossibilidade lógica, desde logo, para as pessoas colectivas e equiparadas. Os requisitos materiais — reparação do dano e cumprimento das finalidades punitivas — são também os mesmos, mudando somente o sujeito passivo que sofre efectivamente a solene censura, por razões de novo normais numa responsabilização penal colectiva. Tal como sucede com as pessoas singulares, também esta é a pena de substituição menos gravosa para o agente, partilhando o mesmo efeito simbólico, porventura aqui ainda mais acentuado por via da inexistência corpórea do condenado pessoa colectiva. Como já em outro local defendemos, propendemos, de igual modo, para a sua eliminação, permitindo-nos remeter o leitor para a explanação que aí empreendemos^[37].

Saliente-se, por outro lado, que inexiste qualquer diferença quanto aos fins das penas — principais ou de substituição — nos casos a que alude o artigo 11.º, desde logo na medida em que o artigo 40.º, n.º 1, anterior à revisão de 2007, não foi por esta alterado. Assim, e em definitivo, o juízo de prognose assenta no cumprimento dos mesmos objectivos: reafirmação de bens jurídicos e ressocialização do agente. Este último aspecto, todavia, deve ser entendido de modo cuidado na responsabilidade das pessoas

[37] «Levamos a sério as penas de substituição? Algumas propostas de *iure condendo*», in: *Revista do Ministério Público*, 159 (2019), pp. 148-153.

colectivas. Já se não trata, pela própria natureza das coisas, de um específico trabalho sobre uma ou mais concretas pessoas, *rectius*, é o ente abstracto que se deseja ressocializar, simplesmente, por via da representação orgânica, os destinatários imediatos serão os titulares de posições de liderança do condenado. Somente por via reflexa a própria pessoa colectiva e aqui, saliente-se, de modo particularmente exemplar no que tange ao entendimento moderno da ressocialização^[38]. Por se tratar de um ente desprovido de materialidade corpórea, surge mais visível a asserção de que se visa somente a prevenção da reincidência, criando, por via de uma intervenção directa sobre os representantes do condenado, um contra-estímulo para a não repetição criminosa. Estão fora de causa quaisquer perspectivas de metanoia ou conversão internas, *a fortiori*. Assim, existem duas vias interventivas ressocializadoras nas pessoas colectivas e entidades equiparadas: uma dirigida ao concreto condenado, pessoa colectiva, e outra aos específicos representantes que irão assegurar que a mesma seja efectivada. *Natura rerum*, de nada adiantaria prescrever essa prevenção da reincidência quanto ao condenado que não fosse por intermédio de quem, na prática, deve actuar em nome e no interesse do agente.

O que dissemos a propósito da vantagem ou não, *de iure condendo*, da manutenção da admoestação como pena substitutiva terá, por congruência lógica, de defender-se neste local. Mas, mais ainda, tendo em conta que o sancionamento das pessoas colectivas e equiparadas, pela sua própria natureza, prescinde de um qualquer «sentimento de vergonha ou de reprovação social» sentido pelo ente abstracto (sendo exacto que quem se encontra perante o tribunal é uma pessoa física), não nos restam dúvidas de que,

[38] Sobre o tema, veja-se o nosso «Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade», in: *RMP*, 156 (2018), pp. 75-119.

se propendermos para a eliminação dessa pena substitutiva para estas últimas, *a fortiori* tal se imporá para as pessoas colectivas.

A caução de boa conduta não encontra um mecanismo similar nas pessoas singulares, como pena substitutiva, ao menos de jeito directo, mas somente no domínio das medidas de coacção processual e de garantia patrimonial, em momentos processuais distintos e com diferentes finalidades. Corresponde ela, por via do previsto no artigo 90.º-B, n.º 2, a 60 meses de prisão, ou seja, 5 anos, mantendo-se uma vantajosa congruência sistemática, porquanto a caução de boa conduta é, ao lado do artigo 90.º-E, a sanção substitutiva com mais largo espectro aplicativo formal, exactamente no mesmo escalão que a suspensão da execução da pena privativa de liberdade nas pessoas singulares. Todavia, se analisarmos mais profundamente a figura, concluiremos que o objectivo do legislador foi adscrever uma parcela do património da pessoa colectiva ou entidade equiparada à não reiteração criminosa. Por certo se não trata de algo paralelo aos deveres previstos no artigo 51.º, na medida em que em todos eles existe necessariamente a perda dessa parte do património a favor da esfera do lesado^[39], de instituições ou do Estado, à excepção do segmento *in fine* da alínea a) do n.º 1 daquele artigo, em que também se prevê a existência de caução adequada à garantia do património. Todavia, mesmo aqui, o pagamento efectivo existe, ao passo que no artigo 90.º-D, extinto o prazo pelo qual

[39] Com interesse, veja-se o ac. do TC n.º 305/2001, de 27/6/2001, ARTUR MAURÍCIO (disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>), onde o objecto do recurso não era a inconstitucionalidade do n.º 1, alínea a), do artigo citado em texto, mas a eventual ofensa das garantias do Estado de Direito democrático e do direito de propriedade privada do artigo 62.º da CRP, na hipótese em que o julgador,

em sede de recurso, mesmo tendo transitado em julgado a decisão de improcedência do pedido de indemnização civil, determina que a suspensão executiva da pena privativa de liberdade fique subordinada ao pagamento de uma indemnização a favor dos familiares da ofendida (*in casu*). Estava em causa, por rectas contas, a hermenêutica do conceito de «lesado» para efeitos do artigo 51.º, n.º 1, alínea a). Em súmula,

o recorrente confunde os títulos de responsabilidade — civil e penal —, pelo que o alegado «efeito de caso julgado» não tinha, nos autos, qualquer cabimento: «à indemnização civil pedida (e recusada) no processo penal é alheia a que foi arbitrada na condenação penal e a cujo pagamento se subordinou a suspensão da execução da pena.».

a caução é prestada, a mesma reverte para o condenado, desde que não haja qualquer incidente.

A vigilância judiciária aproxima-se do regime de prova em sede de pena suspensa nas pessoas singulares, mediante a nomeação de um representante judicial que fiscaliza «a actividade que determinou a condenação»^[40]. Um primeiro aspecto a salientar é o de que a actividade de vigilância se não estende a todas as áreas ou dimensões de actividade da pessoa colectiva ou equiparada, mas somente àquelas que deram causa à condenação. Assim, p. ex., se o que está em causa é a colocação de verbas avultadas em *offshore*, em contravenção às normas do RGIT e do CP, serão somente essas operações financeiras alvo de fiscalização. Em segundo lugar, é claro do texto legal que se trata somente de uma função de acompanhamento e supervisão, com o necessário reporte ao tribunal em hipótese de reincidência ou, idealmente, da sua preparação, visto que existe uma aposta em que o representante judicial tenha uma tarefa mais preventiva que repressiva. Contudo, a revogação da pena substitutiva somente ocorre com o trânsito em julgado da nova condenação (por delito que não tem de ser o mesmo que motivou a inicial aplicação da sanção substitutiva — artigo 90.º-E, n.º 4) que exista durante o período da vigilância que, de igual modo, conhece como limite máximo os cinco anos. Tal como sucede com a pena suspensa^[41], também aqui se não opera

[40] Assim ficam, de algum modo — que não na totalidade, sublinhe-se — obtemperadas as críticas de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, II (2006), p. 646 à inexistência de uma pena suspensa para a sanção (principal) de multa.

[41] Como se escreveu no sumário do ac. do TRP de 25/3/2009 (Proc. n.º 0818090, MARIA LEONOR ESTEVES),

[a]s causas de revogação da suspensão da execução da pena de prisão não devem ser entendidas como um critério formalista, mas antes como demonstrativas das falhas do condenado no decurso do período da suspensão. Impõe-se, por isso, uma especial exigência na indagação e apreciação de todos os factos e circunstâncias susceptíveis de relevar na aferição da possibilidade de manutenção ou não do juízo de prognose favorável relativo ao comportamento que o condenado irá de futuro adoptar. Já em Espanha, tínhamos muitas dúvidas de constitu-

cionalidade quanto a normas como a do pretérito artigo 84.3 do CP daquele país (antes da entrada em vigor da *Ley Orgánica* 1/2015), o qual determinava a revogação obrigatória da pena suspensa nas hipóteses de violência doméstica. Não pode haver qualquer tipo legal de crime, por maior que seja a sua gravidade, que dispense o juízo de intermediação judicativo no sentido de averiguar até que ponto foram ou não irremediavelmente postas em causa as finalidades assinaladas à pena substitutiva.

um efeito automático dessa posterior condenação na revogação da pena substitutiva, devendo existir um juízo prognóstico no sentido de que «as finalidades da pena de vigilância judiciária não puderam, por meio dela, ser alcançadas» (parte *in fine* do artigo 90.º-E, n.º 4).

Dissemos que existe uma aproximação entre esta pena de substituição e o regime de prova, que nada mais é do que isso mesmo: uma *aproximação*. Na verdade, o conteúdo das obrigações impostas ao condenado é somente o de não reincidir, embora tal se deva manifestar, na prática, por um conjunto de acções ou omissões, em especial por deveres de vigilância e controlo dentro da própria pessoa colectiva ou equiparada, por forma a criar as estruturas necessárias a que os factores propiciadores da primeira condenação não voltem a ocorrer.

Não se ignora que há ordenamentos jurídicos onde a pré-existência de uma ou mais inscrições no registo criminal impede a aplicação da pena suspensa ou, de modo mais lato, de uma qualquer outra sanção substitutiva, ao invés do que sucede entre nós. Pensamos ter sido a nossa a opção correcta, porquanto pode haver inscrições no registo não aptas a fazer perigar o juízo de prognose favorável de que o agente ainda pode beneficiar, assim se deixando a decisão final ao prudente arbítrio do julgador. Em Cabo Verde, p. ex., como regra, a existência de anterior condenação transitada impede nova suspensão executiva da privação de liberdade, excepto se tiver ocorrido um prazo de seis anos entre a data do trânsito da primeira decisão suspensiva (artigo 53.º, n.º 3: «[a] suspensão da execução da pena de prisão só poderá ser decidida em caso de primeira condenação do agente, ou, numa segunda vez, se o novo facto punível tiver sido praticado, transcorrido um prazo mínimo de seis anos a contar da data do trânsito em julgado da decisão que decretou a primeira suspensão.»). Este último ponto é bastante interessante, pois recupera para a pena suspensa um mecanismo entre nós consagrado para a reincidência (artigo 75.º, n.º 2) e para

a pena relativamente indeterminada (artigo 83.º, n.º 3): a chamada «prescrição da reincidência» ou da «tendência», assim garantindo uma espécie de «prazo de segurança» entre as duas decisões. Se nos pronunciámos a favor do regime actualmente vigente em Portugal, é evidente que não defendemos uma norma deste tipo no nosso ordenamento jurídico. Todavia, se se entendesse o contrário, a solução cabo-verdiana seria uma forma inteligente de conseguir uma «concordância prática» dos interesses em presença, embora nos pareça que o cômputo do prazo deveria ser desde a data do cumprimento da pena substitutiva e não do trânsito em julgado da decisão, pois assim existe uma incongruência entre a finalidade inerente à ideia de «prescrição da tendência» e a proibição geral de aplicar uma pena suspensa a quem não seja arguido primário. Na verdade, só o adimplemento das obrigações inerentes à sanção substitutiva justifica que a intencionalidade que presidiu à pena de substituição foi conseguida.

Em conclusão quanto a este ponto, uma mera análise comparativa entre este inciso e o artigo 54.º mostra-nos que este último é, em regra, muito mais exigente para o condenado pessoa singular.

2. Analisado o regime legal, impõe-se verificar quais as congruências e incongruências entre ele e o regime das penas de substituição aplicadas às pessoas singulares.

Comece por dizer-se que a elaboração de um juízo de prognose favorável tendo por base o cumprimento das finalidades a que alude o artigo 40.º, n.º 1 existe de idêntico modo e esses desideratos são os mesmos, somente adaptados à realidade de se tratar de uma pessoa colectiva ou entidade equiparada. Os critérios a ter em conta para a elaboração desse juízo apontam para a mesma realidade na admoestação do artigo 90.º-C (veja-se a remissão do seu n.º 1, *in fine*, para os n.ºs 2 e 3 do artigo 60.º). Quanto à caução de boa conduta e à vigilância judiciária, mau grado a inexistência de referência

legal expressa, julgamos que os aspectos atinentes às pessoas singulares se aplicam também aqui, *mutatis mutandis*. Assim, a maior ou menor gravidade do facto, as mais ou menos elevadas exigências de prevenção geral e especial (embora entendamos que na matéria da responsabilidade criminal das pessoas colectivas o primeiro domínio é mais decisivo) e não já a personalidade do agente directo, mas os aspectos que se retiram do modo de agir dos representantes do condenado, continuam a ser elementos essenciais para a formulação desse juízo. Onde, numa palavra, salvaguardadas as naturais diferenças por se tratar de uma pessoa colectiva ou equiparada, não existem distinções consideráveis entre o modo de exteriorização do juízo prognóstico.